

LOS DERECHOS HUMANOS EN LA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA

LIBORIO L. HIERRO*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA; II. DERECHOS HUMANOS Y DEMOCRACIA: UNA RELACIÓN NECESARIA; III. DOS FORMAS DE RELACIÓN; IV. EN EL NOMBRE DE LOS DERECHOS: LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL; V. EN EL NOMBRE DE LA DEMOCRACIA: LA «OBJECCIÓN CONTRA-MAYORITARIA»; VI. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El 23 de septiembre de 1992 Jürgen HABERMAS iniciaba una conferencia pronunciada en el Departamento de Filosofía de la North-Western University con las siguientes palabras: *«Las ideas de soberanía popular y derechos humanos han conformado nuestra comprensión normativa de los Estados constitucionales hasta hoy»*. Añadía, pocos renglones después, que *«las dos corrientes principales del pensamiento político, calificadas como «liberal» y «republicana», tienden respectivamente a subordinar la soberanía popular a los derechos humanos o al revés»* (HABERMAS 2004, pp. 191 y 192). Esta es la cuestión.

La octava enmienda a la Constitución de los Estados Unidos, que entró en vigor en diciembre de 1791, prohibió aplicar castigos crueles e inusitados. Hasta 1972 la pena de muerte nunca fue considerada cruel y, por tanto, las leyes que la imponían eran consideradas

* Catedrático de Filosofía del Derecho. Universidad Autónoma de Madrid.

conformes con la Constitución. En 1972, en el caso Furman contra Georgia, dos jueces del Tribunal Supremo (los jueces BRENNAN y MARSHALL) consideraron que la pena de muerte era cruel y por tanto resultaba inconstitucional cualquier ley que la permitiese. Los otros siete consideraron que eran inconstitucionales las leyes que la establecían pero sólo en cuanto no incluían suficientes garantías para evitar la arbitrariedad y la discriminación. Las legislaturas de muchos estados revisaron la legislación para adaptarla a las exigencias de la sentencia y sólo cuatro años después, en 1976 en el caso Gregg contra Georgia, el Tribunal Supremo admitió que tales leyes eran constitucionales.

Esto quiere decir que si la pena de muerte es o no es cruel y por tanto es o no es constitucional no depende, en una de las democracias más grandes y más antiguas del mundo, de la idea que tengan sobre lo que quiere decir la Constitución la mayoría de sus doscientos y pico millones de ciudadanos, ni siquiera de la idea que tengan sobre ello la mayoría de los representantes elegidos por esos millones de ciudadanos, sino de la idea que tengan sobre ello la mayoría de los jueces del Tribunal Supremo. Este tipo de situaciones parece plantear algún problema desde el punto de vista democrático.

Este no es sólo un problema de los norteamericanos. El ajuste a la Constitución de la configuración de los supuestos de despenalización del aborto, de la situación fiscal de los matrimonios, de la relación entre el derecho al honor y el derecho a la información o del matrimonio de los homosexuales son todas ellas cuestiones que en España han quedado o quedarán decididas por la opinión mayoritaria entre los doce magistrados del Tribunal Constitucional y no por la opinión mayoritaria entre los españoles o entre los representantes elegidos por los españoles.

En el debate político cotidiano quienes se sienten bien reflejados en la opinión de la mayoría de los miembros del tribunal al que corresponde esa última palabra, suelen argumentar que si la mayoría parlamentaria no está de acuerdo con lo que la constitución dice, lo que tiene que hacer es cambiar la constitución. Surge entonces una segunda dimensión del problema: que la Constitución, tanto en España como en Estados Unidos, es muy difícil de cambiar. Atribuir la última palabra a la mayoría de los miembros de un tribunal y, al mismo tiempo, poner serias dificultades al cambio de una constitución son dos medidas institucionales que conjuntamente –y sean cuales sean las buenas razones que pueden apoyar a la una y a la otra– bloquean cualquier solución a lo que puede ser la situación más frecuente: que la mayoría legislativa no esté en desacuerdo con lo que dice la constitución sino que esté en desacuerdo con lo que la mayoría de los miembros del tribunal constitucional dicen que dice la constitución.

Este es hoy uno de los problemas, quizás el principal problema, de la articulación entre los derechos humanos y la democracia.

II. DERECHOS HUMANOS Y DEMOCRACIA: UNA RELACIÓN NECESARIA

En relación con este problema, el título de este artículo –que es el que me propusieron para la conferencia de la que él procede– resulta bastante más sugerente de lo que a primera vista podría parecer. La simple mención de los derechos humanos «en» la sociedad democrática insinúa inmediatamente que los derechos humanos podrían no estar «en» la sociedad democrática sino en otro tipo cualquiera de sociedad e, inversamente, que una sociedad democrática podría ser un lugar en el que no hubiese derechos humanos; es decir: el título mismo parece dar a entender que hay una relación contingente entre los derechos humanos y la sociedad democrática. La idea de los derechos humanos «en» la sociedad democrática parece también insinuar, en una segunda instancia, algún modo peculiar de estar aquellos en ésta; es decir, parece dar a entender que los derechos humanos están en la sociedad democrática de un forma distinta a cómo estarían en otra sociedad y, como consecuencia, que una sociedad democrática con derechos humanos es un tipo particular de sociedad democrática distinta a una sociedad democrática en la que no estuviesen los derechos humanos. En resumen, el título mismo sugiere la posibilidad de cuatro mundos distintos: el de una sociedad-no-democrática en la que no están los derechos humanos, el de una sociedad-no-democrática en la que están los derechos humanos, el de una sociedad-democrática en la que no están los derechos humanos y el de una sociedad-democrática en la que están los derechos humanos.

	SOCIEDAD NO DEMOCRÁTICA	SOCIEDAD DEMOCRÁTICA
NO HAY DERECHOS HUMANOS	1. SOCIEDAD NO DEMOCRÁTICA SIN DERECHOS HUMANOS	3. SOCIEDAD DEMOCRÁTICA SIN DERECHOS HUMANOS
HAY DERECHOS HUMANOS	2. SOCIEDAD NO DEMOCRÁTICA CON DERECHOS HUMANOS	4. SOCIEDAD DEMOCRÁTICA CON DERECHOS HUMANOS

Si la relación entre derechos humanos y democracia efectivamente fuese una relación contingente entonces los cuatro mundos serían posibles. Si, por el contrario, la sociedad democrática fuese una condición necesaria para la presencia de los derechos humanos entonces el mundo número dos no sería posible. Del mismo modo pero inversamente, si los derechos humanos fuesen una condición necesaria para la presencia de la sociedad democrática entonces el mundo número tres no sería posible. Naturalmente, si ambas condiciones fuesen al

mismo tiempo requeridas entonces no serían posibles ni el mundo número dos ni el mundo número tres y los mundos posibles serían exclusivamente el número uno (una sociedad no democrática sin derechos humanos) y el número cuatro (una sociedad democrática con derechos humanos). Esta última parece ser la hipótesis que nos resulta más familiar y la que aquí voy a tratar, en primer lugar, de demostrar.

Sir Isaiah BERLIN sostuvo que la relación entre la libertad negativa –a la que Benjamín CONSTANT había llamado «libertad de los modernos»– y la libertad positiva –a la que el ilustrado francés había llamado «libertad de los antiguos»– era meramente contingente. Algo parecido, con parecidos argumentos y parecidos ejemplos pero proyectado expresamente sobre la relación entre la democracia y los derechos, ha sostenido recientemente entre nosotros Alfonso RUIZ MIGUEL. Sostiene, en efecto, RUIZ MIGUEL, que el principio democrático y el principio liberal son tan diferentes que *«llevados a sus extremos, al menos en la teoría, podrían realizarse independientemente»* lo que ocurriría –explica– en un sistema democrático que suprimiera todos los derechos salvo los de participación y, paralelamente, en un sistema no democrático que garantizase todos los derechos menos los de participación (RUIZ MIGUEL, Alfonso, 2004, p. 65). Sendas hipótesis me parece que no responden a ningún ejemplo real y, lo que es más grave, me parece que no resultan sostenibles ni siquiera en la teoría, esto es: que son conceptualmente erróneas.

Respecto a la primera posibilidad sostenida por RUIZ MIGUEL –un sistema democrático sin derechos, que se corresponde con el mundo tres de nuestro cuadro– la hipótesis es la de una colectividad que democráticamente suprime todos los derechos salvo los de participación. Es una hipótesis que no sólo resulta poco plausible desde un punto de vista empírico sino que es claramente insostenible desde un punto de vista conceptual. Una situación en la que los miembros de un determinado colectivo no tienen igualdad de oportunidades ni derecho a un mismo trato legal, carecen de seguridad jurídica pudiendo por ello ser arbitrariamente detenidos y carecen de libertad de expresión, reunión y asociación sería, en todo caso, una sociedad en la que la participación de todos sus miembros en las decisiones colectivas sería imposible por definición ya que la supresión de todos los demás derechos salvo el de participación implicaría, en la medida en que fuera efectiva, que algunos o muchos no podrían participar por falta de capacidad, por falta de libertad o por falta de ambas; implicaría también que los que pudiesen participar sólo pudiesen hacerlo de forma parcial y limitada, algo así como participar en el juego con las manos atadas. Por muy distintas y contrapuestas razones la idea de una democracia sin derechos ha inspirado dos paradigmas durante el siglo XX: el de las llamadas «democracias populares» y el de las llamadas «democracias orgánicas». Ambas han demostrado concluyentemente que sin derechos no hay democracia. Esto significa que el mundo tres de nuestro esquema no es un mundo posible.

Respecto a la segunda posibilidad –un sistema no democrático con derechos, que se correspondería con el mundo dos de nuestro cuadro– cabe decir que si asumimos que los derechos humanos son ciertas posiciones normativas cuyo disfrute es condición necesaria

para que una persona se desarrolle como agente moral y si asumimos que la moralidad (esa condición peculiar de las personas) sólo aparece cuando suponemos la libertad de la voluntad (como nos enseñó KANT), entonces aparece como conclusión inmediata que la autonomía es uno de los derechos, si no el más importante de todos ellos, y *a fortiori* que sólo un sistema democrático es un sistema compatible con la autonomía de las personas y, por tanto, con los derechos humanos. Habrá sin duda otros sistemas de organización política en que algún o algunos derechos estén satisfechos pero, si no es una democracia, no estará satisfecha la autonomía que es uno de los derechos, si no el más importante, de todos ellos. La democracia resulta ser, por tanto, una condición necesaria, aunque no suficiente, para la satisfacción de los derechos humanos como conjunto y, por ello, el mundo dos tampoco es un mundo posible.

Si la relación entre los derechos y la democracia es una relación necesaria y biunívoca entonces solo son posibles los mundos uno y dos: o bien no hay ni democracia ni derechos (mundo uno) o bien hay democracia y hay derechos (mundo cuatro).

III. DOS FORMAS DE RELACIÓN

John LOCKE formuló con toda claridad la idea de que la igualdad y la libertad como derechos naturales de las personas eran la condición de la democracia y que esta resultaba al mismo tiempo la única forma de gobierno apta para garantizar aquellos derechos y señaló también que el consentimiento, del que se derivan los poderes legítimos, ha de entenderse necesariamente como sujeción a las decisiones de las mayorías simples o cualificadas:

«Por consiguiente, debe darse por supuesto que quienes, saliendo del estado de Naturaleza, se constituyen en comunidad, entregan todo el poder necesario para las finalidades de esa integración en sociedad a la mayoría de aquella, a no ser que, de una manera expresa, acuerden que deba estar en un número de personas superior al que forma la simple mayoría» (LOCKE 1690 (1969), Capítulo VIII, §99).

Casi cien años después Thomas JEFFERSON, en el Preámbulo de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América, resumía la doctrina de LOCKE en las siguientes palabras:

«Sostenemos por evidentes, por sí mismas, estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables: entre los cuales están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad;

que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados; que siempre que una forma de gobierno se haga destructora de estos principios, el pueblo tiene el derecho a reformarla o a abolirla, e instituir un nuevo gobierno que se funde en dichos principios»

Los doscientos treinta años transcurridos desde el texto de JEFFERSON –trescientos años largos si contamos desde la «gloriosa» revolución inglesa y la coetánea publicación de los *«Dos Tratados sobre el Gobierno Civil»* de LOCKE– han dado lugar a dos formas de interpretar en la teoría y de institucionalizar en la práctica esa relación necesaria entre la realización efectiva de los derechos del hombre y la democracia o gobierno de la mayoría:

(a) La primera de ellas es precisamente el modelo británico. Llamado hoy, por eso, «modelo de Westminster» supone que la supremacía normativa corresponde a las leyes aprobadas por el Parlamento. No hay, en este modelo, ninguna plasmación escrita en un texto normativamente superior a la ley del diseño institucional básico ni de la enumeración de los derechos «naturales» del hombre. El Bill of Rights que Guillermo de Orange hubo de jurar en el momento de su coronación no tiene más jerarquía que ninguna otra ley del Parlamento. No hay, por tanto, nada parecido a lo que luego hemos llamado «constitución» ni, consecuentemente, control de constitucionalidad de las leyes (no puede haberlo pues no hay ninguna norma por encima de ellas respecto a la cual controlarlas). La mayoría parlamentaria ha tenido y tiene desde hace trescientos dieciséis años la última palabra sobre cualquier cuestión y los británicos suponen que sus derechos están protegidos precisamente por la legislación de la mayoría parlamentaria y su aplicación por los jueces. Los británicos suponen que es precisamente la supremacía legislativa la mejor garantía de la protección de sus derechos por cuanto el poder legislativo está *«elegido y nombrado por el pueblo»* (para utilizar palabras de LOCKE). Recientemente este modelo ha sufrido una leve aunque relevante modificación con la entrada en vigor, en el año 2000, de la *Human Rights Act* de 1998, si bien no cabe considerar que esta reforma haya dado lugar a un modelo distinto.

(b) La segunda interpretación fue introducida por la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787. El segundo párrafo de su artículo VI afirma que *«esta Constitución, las leyes de los Estados Unidos que en virtud de ella se promulgaren, y todos los tratados hechos, o que se hicieren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país. Los jueces de cada Estado estarán obligados a observarla, aún cuando hubiese alguna disposición contraria en la Constitución o en los códigos de los Estados»*. Es fácil ver que el motivo de este segundo párrafo del artículo VI, que se suele denominar «cláusula de supremacía», era la sujeción del Derecho de los estados federados al Derecho de la federación pero lo cierto es que su redacción afirmaba de forma poco discutible el carácter normativo de la propia Constitución y eso dio pie a que, en 1803, el juez MARSHALL dejase establecida, con general aceptación, la doctrina de que la Constitución era la norma suprema y que cualquier ley contraria a ella era nula.

El artículo V de la misma Constitución estableció, por otra parte, un complicado sistema para enmendar la Constitución lo cual permitió a Albert VENN DICEY, ya a finales del siglo XIX, ponerla como ejemplo –junto a la francesa y la belga– de lo que él llamó «constitución rígida», entendiendo por tal aquella *«bajo la cual ciertas leyes generalmente conocidas como leyes constitucionales o fundamentales no pueden ser modificadas de la misma manera que las leyes ordinarias»* (DICEY 1885 (1982), p. 65; ver también p. cxxvii).

La posibilidad de que los tribunales declaren la invalidez de una disposición legal por ser contraria a la constitución (el «control jurisdiccional de constitucionalidad») y las especiales dificultades para reformar la constitución (la «rigidez constitucional») se convirtieron de este modo en las dos características del modelo constitucional norteamericano en el que, a diferencia del modelo británico, la mayoría parlamentaria quedaba, por así decirlo, maniatada por el carácter normativo de la constitución. Este carácter normativo se traducía, en primer lugar, no tanto en estar limitado por lo que la constitución decía sino en estar limitado por lo que los jueces interpretasen que la constitución decía y, en segundo lugar y consecuentemente, por la dificultad para reformar la constitución, reforma que se hacía inevitable no sólo en el supuesto de que la mayoría parlamentaria no estuviese de acuerdo con lo que la constitución decía sino en el supuesto de que simplemente no estuviese de acuerdo con lo que los jueces interpretasen que la constitución decía. Control y rigidez aparecieron así como dos piezas coherentes entre sí de un mismo engranaje.

En el continente europeo los dos modelos que hemos visto se manifestaron con ciertos matices. En primer lugar, tenemos el modelo introducido por la Revolución francesa en la Constitución de 1791, modelo que no fue sustancialmente distinto del modelo británico. Aunque plasmado en un texto escrito de carácter solemne (la constitución), el diseño institucional seguía apoyado en la supremacía de la ley. El texto constitucional se entendía como un texto político o programático que, a lo sumo, trazaba el diseño de las instituciones básicas del Estado pero sin limitar el poder soberano del parlamento y sin que los derechos proclamados en el texto constitucional tuviesen un carácter normativo inmediato. Este modelo tuvo mucha presencia en Europa a lo largo del siglo XIX y en los primeros años del siglo XX y suele hoy ser denominado como «estado legislativo de Derecho».

En segundo lugar, tenemos el modelo que Hans KELSEN propuso, con notable éxito, cuando –invitado por Karl RENNERT– colaboró en la preparación de la Constitución austriaca de 1920. Se trata de un modelo similar al norteamericano en cuanto parte de reconocer el carácter normativo de la constitución y trata de garantizar ese carácter normativo mediante una explícita cláusula de supremacía que se ve garantizada por un tribunal especial al que se encomienda el control de la constitucionalidad de la legislación ordinaria. La principal diferencia con el modelo norteamericano estriba precisamente en este carácter especial o concentrado del control que, por ello, queda fuera de la competencia de los jueces y tribunales ordinarios.

Como ha señalado RUIZ MIGUEL, los tres grandes momentos de transiciones democráticas vividos en el continente europeo a lo largo del siglo XX han conformado el éxito de este último modelo de paternidad kelseniana (RUIZ MIGUEL, Alfonso, 2004, p. 54). Tras el fin de la Segunda Guerra Mundial, las constituciones alemana e italiana, ambas de 1947, lo adoptaron como lo hicieron también, treinta años después, Grecia, Portugal y España, respectivamente en sus constituciones de 1975, 1976 y 1978, al recuperar la democracia; finalmente lo han adoptado también mayoritariamente los países del este de Europa tras la caída del muro en 1989.

IV. EN EL NOMBRE DE LOS DERECHOS: LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

El balance actual es, por tanto, claro: el modelo más extendido y que al parecer continúa extendiéndose es el modelo originariamente norteamericano, la democracia constitucional, sea bajo el propio modelo de la Constitución estadounidense, seguido en general por las constituciones centroamericanas y suramericanas, sea bajo el modelo kelseniano seguido mayoritariamente por las constituciones europeas; el modelo menos extendido y que parece estar en recesión es el modelo originariamente británico o «modelo de Westminster». Por otro lado, la filosofía del Derecho y del Estado parece haberse centrado en las últimas décadas en la teorización de aquel primer modelo triunfante al que hoy suele denominarse como «democracia constitucional» o «estado constitucional de Derecho» para distinguirlo de la simple «democracia parlamentaria» o del mero «estado legislativo de Derecho». Es frecuente también denominar como «neoconstitucionalismo» a este tipo de teoría.

Los muchos y diferentes argumentos que se utilizan para explicar y defender el modelo de la «democracia constitucional» —es decir: las restricciones a las decisiones de la mayoría que lo caracterizan— podrían, según creo, reducirse básicamente a tres:

(a) que las restricciones son necesarias para garantizar *los derechos de todos*, que la mayoría reconoce en el momento constituyente, contra futuras decisiones de la mayoría que pudieran desconocerlos o limitarlos;

(b) que las restricciones son necesarias para garantizar *los derechos de algunos*, que son minoría, contra las decisiones de la mayoría que pudieran desconocerlos o limitarlos; y (c) que las restricciones son necesarias para garantizar *algunos derechos*, los derechos de especial importancia para la propia estructura democrática de decisión, contra las decisiones de la mayoría que pudieran desconocerlos o limitarlos.

Se trata, pues, de proteger contra eventuales decisiones mayoritarias los «derechos de todos», los «derechos de algunos» o «algunos derechos». Añadiré, sin embargo, un cuarto argumento de distinto carácter conforme al cual las restricciones a las decisiones mayoritarias

tarias que se derivan de la rigidez y el control son simplemente consecuencias necesarias de adoptar una constitución de carácter normativo.

(a) El primer tipo de argumento es el que popularizó con enorme éxito un libro del noruego Jon ELSTER de 1979 (*Ulysses and the Sirens. Studies in Rationality and Irrationality*). Ulises, siguiendo al consejo de la diosa Circe para eludir el hechizo de las sirenas, ordenó a sus compañeros: «*atadme con fuertes lazos, de pie y arrimado a la parte inferior del mástil (para que me esté allí sin moverme) y las sogas líguense al mismo. Y en el caso de que os ruegue o mande que me soltéis, atadme con más lazos todavía*». La mayoría constituyente, temerosa –como Ulises– de poder estar sometida en el futuro a tentaciones que la inciten a privarse ella misma de las ventajas de un mundo en que los derechos de todos están reconocidos y protegidos y el poder está depositado en las decisiones de la mayoría, se somete a sí misma a restricciones para garantizar que sus decisiones correctas de ahora no se vean modificadas por sus decisiones incorrectas en el futuro. La estrategia de Ulises supone que quiere prevenir ahora el riesgo de una decisión que podría tomar luego.

Un argumento que lleva a conclusiones similares y que, por ello, debe situarse también en este primer grupo es el que, por continuar con la comparación, afirmaría que a Ulises hay que atarlo, quiera él o no quiera, para que no intente tomar luego una decisión que en realidad no sería competente para tomar. Creo que ese es el argumento formulado por Ernesto GARZÓN VALDÉS –en unos pasajes, brevísimos pero de enorme influencia, que aparecen en un trabajo de 1989 titulado «*Representación y Democracia*»– al afirmar que los derechos forman parte de los bienes básicos que están dentro de un «coto vedado» porque «*deben ser excluidos de la negociación y el compromiso parlamentario*» (GARZÓN VALDÉS, Ernesto, 1993, p. 644). Lo que está dentro del coto vedado son determinados bienes básicos para cualquier plan de vida que no pueden quedar al albur de la negociación y el compromiso que es propio de la decisión mayoritaria en el diseño democrático. Una constitución puede reconocer o declarar esos bienes básicos, entre los que están los derechos humanos, pero no es ella la que los crea y los define sino que le vienen éticamente impuestos. Creo que interpreto bien a GARZÓN VALDÉS si afirmo que el coto vedado está fuera de la decisión de las mayorías porque está fuera también de la decisión constituyente. La constitución lo único que hace es reconocer o declarar que hay bienes y derechos que están al margen o son previos a cualquier consenso fáctico y, consecuentemente, que para ellos en cuanto «*constituyen el núcleo no negociable de una constitución democrático-liberal... vale la prohibición de reforma... y el mandato de adopción de medidas tendentes a su plena vigencia*» (ibídem, p. 649).

No debe extrañar que este argumento incluya la «*prohibición de reforma*», es decir la llamada cláusula de intangibilidad, pues el argumento –ya sea en la formulación estratégica de ELSTER ya sea en la formulación sustantiva de GARZÓN– lo que sostiene es que ninguna mayoría, ni siquiera la mayor mayoría que es la decisión unánime de todos, podría desconocer o limitar los derechos humanos. Eso es justamente lo que quieren decir los que dicen que los derechos humanos son inalienables.

(b) El segundo grupo es el que señala que los derechos humanos deben ser especialmente protegidos frente al riesgo de que las decisiones de la mayoría desconozcan o limiten los derechos de las minorías. No se trata de la mítica hipótesis de que Ulises sea hechizado por las sirenas y se autodestruya sino de la más plausible hipótesis de que, en caso de apuro, Ulises decidiera sacrificar un par de grumetes. Este fue un argumento sostenido por Kelsen, entre otros muchos, e influyentemente reconstruido por Ronald Dworkin. Dice Dworkin que *«la institución de los derechos... representa la promesa que la mayoría hace a las minorías de que la dignidad y la igualdad serán respetadas»* y afirma, por ello, que *«los derechos individuales son triunfos políticos en manos de los individuos»* (Dworkin, Ronald, 1984, pp. 303 y 37). Lógicamente si los derechos son «triunfos» («comodines») que cualquier individuo puede esgrimir con éxito contra cualquier decisión de la mayoría, las decisiones de la mayoría quedan limitadas por los derechos. La rigidez y el control no son más que los instrumentos institucionales tendentes a garantizar el cumplimiento efectivo de esa regla del juego: que cuando alguien esgrima un derecho frente al criterio de la mayoría, el derecho gana y la mayoría pierde.

Me parece, sin embargo, que este segundo tipo de argumento es compatible con pensar que una decisión unánime, e incluso decisiones mayoritarias muy cualificadas, pueden establecer los contenidos y los límites de los derechos en cuanto los derechos resulten controvertidos.

(c) El tercer tipo de argumentos, como ya he señalado, sería el de quienes defendiesen que las restricciones a las decisiones de la mayoría no se justifican para proteger los derechos de todos ni para proteger los derechos de algunos, sino que se justifican sólo para proteger algunos derechos. La rigidez y el control, para este tipo de argumentos, sólo se justificarían en relación con ciertos derechos que son constitutivos de las reglas del propio juego democrático: los derechos de participación política. Esto es lo que suele denominarse el «principio de Blackstone» porque fue enunciado por William Blackstone, ya en el siglo XVIII, como limitación única de la soberanía parlamentaria: *«Las leyes del parlamento derogatorias del poder de parlamentos posteriores no son obligatorias»* (Bayón, 2003, p. 409, nota 11). En la discusión contemporánea este argumento ha sido defendido con éxito por John Hart Ely en un libro de 1980 (*Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*) en que se sostiene que el control judicial de constitucionalidad tiene como única justificación la garantía de las reglas del juego democrático.

Lo curioso es que este tipo de argumento –esto es: la especial relevancia de los derechos de participación política– no ha sido esgrimido tanto para defender las restricciones a las decisiones mayoritarias sino, por el contrario y como enseguida veremos, para cuestionar la justificación de estas restricciones.

(d) Cabe, finalmente, pensar en un cuarto y último tipo de argumentos de carácter meramente instrumental. Este argumento no trataría de demostrar que las restricciones constitucionales a las decisiones mayoritarias son buenas porque son necesarias para garantizar

los derechos de todos o para garantizar los derechos de algunos o para garantizar algunos derechos. Diría, simplemente, que si alguien tiene alguna justificación (aun cuando sea meramente circunstancial) para defender las ventajas de un texto constitucional de carácter normativo, entonces tiene que asumir las restricciones constitucionales. Si la constitución ha de ser un texto normativo entonces tiene que estar situado por encima de la legislación ordinaria pues, en otro caso, podría ser constantemente modificado por la legislación ordinaria haciéndose inútil. La supremacía se convierte así en un corolario del carácter normativo de la constitución; o dicho en pocas palabras: una constitución que puede ser modificada por la ley ordinaria no es una constitución sino una ley ordinaria. Puesto que muchos autores coinciden en que la rigidez, al menos en algún grado, es una condición necesaria para que podamos hablar de supremacía y que el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes ordinarias es, como se deriva necesariamente de la tesis del juez MARSHALL, la consecuencia de la supremacía, nos encontramos con que la rigidez y el control son sencilla y respectivamente una condición necesaria y una consecuencia necesaria de la existencia de textos constitucionales con fuerza normativa y, por tanto, que el reconocimiento de ese valor normativo implica necesariamente la limitación de la capacidad legislativa de la mayoría parlamentaria. Si es bueno para una sociedad fijar en una constitución escrita los derechos humanos y el esquema del gobierno democrático y reconocerla fuerza normativa, entonces no le queda otro remedio que limitar el principio mayoritario.

V. EN EL NOMBRE DE LA DEMOCRACIA: «LA OBJECCIÓN CONTRAMAYORITARIA»

En un artículo publicado en 1893 en la *Harvard Law Review*, James BRADLEY THAYER había formulado muy contundentemente una regla de autocontención para los «*los tribunales que enjuician los actos legislativos*». La regla, en resumen, dice que los jueces no deben aplicar «*meramente su propio juicio sobre la constitucionalidad, sino su conclusión acerca de qué juicio es permisible que haga otro poder al que la Constitución ha investido con el deber de hacer*» y concluía THAYER afirmando que «*cualquier alternativa racional es por tanto constitucional*». Con frecuencia se toma la regla de THAYER como el origen de una tradición que ha venido señalando la contradicción que el diseño de la democracia constitucional implicaría para el propio principio democrático al atribuir a un órgano no democrático la decisión sobre qué cabe y qué no cabe dentro de la constitución. Ya muy entrado el siglo XX, Alexander M. BICKEL publicó, en el año 1962, un libro titulado «*The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*» en el que da forma a la hoy denominada «objección contramayoritaria». En las décadas posteriores esta línea argumentativa ha sido continuada, sobre todo, en la obra de Jeremy WALDRON (en particular en «*The Dignity of Legislation*», de 1999) que ha obtenido una notable influencia.

Haré una recopilación breve de los argumentos que la objeción u objeciones contramayoritarias esgrimen, ordenándolos en relación con los cuatro tipos de argumentos favorables a las restricciones constitucionales que ya hemos visto.

- Contra (a). Naturalmente la primera y más fácil objeción es la que se refiere a la metáfora de Ulises. Mientras Ulises es una persona que toma decisiones estratégicas respecto a sus propias decisiones futuras, una mayoría constituyente no es, en ningún caso, la misma mayoría legislativa (o constituyente) futura sobre la que se toman las decisiones. El argumento de Ulises tiende a ocultar que, en el caso de las restricciones constitucionales, lo que más bien ocurre es que una generación establece restricciones sobre las decisiones de generaciones futuras. Si, dejando al margen el argumento Ulises, nos referimos a la interpretación más seria del «coto vedado» la objeción principal estriba en que este argumento requiere una fuerte convicción cognoscitivista sobre la objetividad de los valores que, nuevamente, parece implicar que una generación impone sus convicciones morales «objetivas» sobre las generaciones futuras. El problema, en todo caso, estriba en que, aun admitiendo una hipotética zona clara de objetividad o consenso moral, las decisiones legislativas controvertidas nunca son las que se pronuncian sobre esa eventual zona clara sino las que se pronuncian sobre las zonas de penumbra que la rodean (los límites de la vida, los conflictos de derechos, las situaciones excepcionales, etc.) y en estas zonas de penumbra el problema sigue siendo a quien corresponde tener la última palabra. Es decir: aun admitiendo que haya una zona intangible dentro del coto vedado, el problema es que tenemos que seguir tomando decisiones sobre los límites de esa zona, lo que está dentro y lo que no está dentro de ella.

- Contra (b). Parecidos son los argumentos contra la idea de DWORKIN. Sería fácil convenir que, cuando alguien tiene un derecho, el derecho funciona como un comodín contra cualquier decisión mayoritaria sobre lo que la mayoría entiende como el bien común, así como contra cualquier tipo de cálculo utilitario o de preferencia política general; el problema, sin embargo, subsiste cuando el objeto de la controversia es precisamente si alguien tiene o no tiene un derecho. Decir que los derechos son límites a las decisiones de la mayoría sería aceptable, tanto en la formulación general del «coto vedado» como en la formulación particular de la «protección de los derechos de la minoría», pero no resuelve la cuestión cuando lo controvertido son precisamente los propios derechos.

- Contra (c). El argumento hoy más extendido es el que fue esgrimido por Jeremy WALDRON. Enunciado brevemente el argumento afirma que el derecho de participación política no es un derecho entre los demás sino algo así como el «derecho de los derechos». En estos términos, WALDRON no trata de justificar una rigidez o una protección especial de este derecho sino, muy por el contrario, trata de objetar cualquier restricción a las decisiones de la mayoría como una restricción de este derecho. Si el derecho de igual participación en las decisiones colectivas es la madre de todos los derechos, entonces no cabe justificar, en nombre de los derechos, las restricciones que como la rigidez y el control de constitucionalidad de la legislación lo que hacen es otorgar un valor desigual a la participación de

unos sobre la de otros; en el caso de la rigidez, porque se prima la opinión de las minorías al requerirse mayorías cualificadas; en el caso del control, porque se prima la opinión de la mayoría de un pequeño grupo de jueces sobre la de las mayorías parlamentarias. Precisamente por eso el «principio de Blackstone» no requiere ni permite un blindaje de los derechos de participación política sino, sencillamente, mantener vigente el principio de la soberanía parlamentaria.

- Contra (d). Los argumentos del cuarto tipo señalaban simplemente que rigidez y control eran, en términos jurídico-institucionales, la condición y la consecuencia del carácter normativo de la constitución. Si asumiéramos que tiene ventajas establecer una constitución de carácter normativo pero siendo conscientes de que la rigidez y el control que ello conlleva son limitaciones del principio democrático, entonces la respuesta aquí sería que deberíamos establecer el nivel mínimo de rigidez que, manteniendo el carácter normativo supremo de la constitución, permita su eventual reforma por la voluntad mayoritaria y que deberíamos establecer un sistema de control judicial que garantice la efectiva subordinación de las leyes a la constitución pero que, en los casos de duda, no atribuya la última palabra a órganos, como los judiciales, no representativos.

Ese es el camino que han seguido algunos modelos constitucionales y algunos enfoques teóricos que, entre nosotros, se ha propuesto denominar «constitucionalismo débil».

VI. CONCLUSIONES

La propuesta de «constitucionalismo» débil –formulada, entre nosotros, por Juan Carlos BAYÓN y seguida, entre otros, por Alfonso RUIZ MIGUEL o Pablo DE LORA– afirma que mientras que tanto los derechos como la democracia expresan principios sustantivos con un valor propio, la rigidez y el control judicial representan sólo valores instrumentales; precisamente por ello un diseño ideal debe asumir que la última palabra, en las cuestiones controvertidas, tendría que ser la palabra de la mayoría.

El «constitucionalismo débil» podría caracterizarse, pues, como un modelo de democracia constitucional que incluye las restricciones institucionales que los derechos constitucionales imponen sobre la voluntad de la mayoría legislativa –básicamente: (1) el control judicial de la constitucionalidad de las leyes y (2) algún grado de rigidez constitucional– pero que, al mismo tiempo, incluye también (3) un principio de auto-restricción judicial que se deriva de la presunción de constitucionalidad de las leyes (*in dubio pro legislatore*) y (4) la instrumentación de algún mecanismo que, en caso de desacuerdo genuino, haga posible que la última palabra le corresponda a la mayoría democrática.

Habría, bajo este punto de vista, un núcleo duro del coto vedado en el que se encontrarían los derechos que no son controvertibles –y entre ellos los derechos básicos de participación política– núcleo que no debiera ser posible modificar por lo que estaría protegido

bajo una cláusula de intangibilidad y en el que el control jurisdiccional, como ha sostenido BAYÓN, sólo podría ser un mecanismo de garantía pero nunca un procedimiento de determinación. El resto, en el que estaría todo aquello que resulta controvertible, debiera estar sometido a control jurisdiccional pero también a un procedimiento de reforma mucho menos rígido donde –como sucede hoy en el modelo canadiense o sueco– la última palabra la tuviese la mayoría parlamentaria y/o la mayoría popular tras un período de debate público, debate en el que la confrontación entre el tribunal (supremo o constitucional) y el parlamento cumpliría la función de depurar los argumentos y mejorar la deliberación democrática. El diseño final, todo ello no obstante, es algo que depende del contexto. Como Juan Carlos BAYÓN ha puesto de relieve, rectificando así levemente sus tesis iniciales (BAYÓN, Juan Carlos, 2004, p. 106, nota 111), «*si se acepta la tesis... de que la justificación de un diseño institucional depende de un balance entre su valor intrínseco y su valor instrumental, se ha de admitir que cuál sea el diseño institucional preferible es una cuestión inevitablemente dependiente del contexto*» (ibídem, p. 128).

La perspectiva de reformar el núcleo duro de la Constitución española, en concreto, lo relativo a la preferencia del varón en la sucesión a la Corona y a las competencias del Senado, ha abierto un pequeño debate sobre el procedimiento de reforma. Algunas voces, en particular la del profesor LAPORTA, han tratado de sugerir soluciones que soslayasen las enormes dificultades de la extrema rigidez que protege la revisión total de la Constitución española o cualquier modificación parcial que afecte al Título Preliminar, a la Sección primera del Capítulo segundo del Título primero o al Título segundo. Puesto que no parece posible soslayar que el artículo 168 de la Constitución está sometido también a la máxima rigidez constitucional, la conclusión que deberíamos extraer de este debate instrumental es que si procedemos a una reforma de la Constitución de las llamadas «complejas», entonces quizá deberíamos aprovechar para reformar también el artículo 168. Sin embargo el contexto de nuestra todavía reciente experiencia democrática puede aconsejar cautela. Mientras decidimos si hacerlo o no hacerlo deberíamos, al menos, recordar a nuestros jueces constitucionales y a las instancias políticas que les acosan con sus pretensiones que, donde la Constitución admite cualquier margen de interpretación, «*cualquier alternativa racional es constitucional*» o, para decirlo en términos más políticos, que nunca debería invocarse el nombre de la Constitución en vano.

BIBLIOGRAFÍA

- AHUMADA, Marian, *La jurisdicción constitucional en Europa*, Thomson-Civitas, Cizur (Navarra), 2005.
- BAYÓN, Juan Carlos, «Derechos, democracia y Constitución», en LAPORTA, Francisco, *Constitución, problemas filosóficos*, Ministerio de Presidencia (Madrid), 2003, pp. 399-422.
- BAYÓN, Juan Carlos, «Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo», en BETEGÓN, J.; LAPORTA, F. J.; PÁRAMO, J. R. y PRIETO, L. *Constitución*

- y *derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (Madrid), 2004, pp. 67-138.
- BERLIN, Isaiah, *Dos conceptos de libertad*, en Quinton, 1974, pp. 216-233.
- BICKEL, Alexander M., (1962) *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, Yale University Press, New Haven.
- DE LORA, Pablo, *La interpretación originalista de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1998.
- DE LORA, Pablo, «Justicia constitucional y deferencia al legislador», en LAPORTA, Francisco, *Constitución, problemas filosóficos*, Ministerio de Presidencia (Madrid), 2003, pp. 345-370.
- DÍAZ, ELÍAS Y COLOMER, José Luis, *Estado, justicia, derechos*, Alianza (Madrid), 2002
- DICEY VENN, Albert, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Liberty Classics, Indianapolis, (1885) (1982).
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel (Barcelona), 1984. (Orig: *Taking Rights Seriously*, Gerald Duckworth & Co., Londres, 1977).
- ELSTER, Jon, *Ulysses and the Sirens. Studies in Rationality and Irrationality*, Cambridge University Press (Cambridge), 1984 (primera edición de 1979). (Hay traducción castellana: *Ulises y las sirenas. Estudios sobre racionalidad e irracionalidad*, Fondo de Cultura Económica, México, 1989).
- ELY, John H., *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*, Siglo del Hombre editores (Santafé de Bogotá), 1997 (Orig.: *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1980)
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto, *Derecho, Ética y Política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- HABERMAS, Jürgen, «Derechos humanos y soberanía popular: las versiones liberal y republicana», en OVEJERO, Félix; MARTÍ, José L. y GARGARELLA, Roberto, *Nuevas ideas republicanas. Autogobierno y libertad*, Paidós (Barcelona), 2004, pp. 191-206 (Orig.: *Human Rights and Popular Sovereignty: The Liberal and Republican Versions*, Ratio Juris, n° 7-1, marzo de 1994, pp. 1-13).
- HIERRO, Liborio L., *El concepto de justicia y la teoría de los derechos*, en DÍAZ, ELÍAS y COLOMER, José Luis (eds.) 2002, pp. 11-73.
- HOMERO, *Ilíada. Odisea*, traducción de Luis SEGALÁ, Vergara Editorial, (Barcelona), 1960
- JIMÉNEZ DE PARGA, Manuel, *Los regímenes políticos contemporáneos*, Tecnos (Madrid), 1962.
- KELSEN, Hans, «La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)», en *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, edición de Juan RUIZ MANERO, Debate (Madrid), 1988, pp. 109-155. (Orig.: *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, publicado en traducción francesa –*La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)*– en Revue de Droit Publique et de la Science Politique en France et à l'étranger, n° XXXV, 1928).
- KELSEN, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, edición de Roberto J. BRIE supervisada por E. BULYGIN, Tecnos, Madrid, 1995 (Orig.: *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* Justiz Bd. 6, 1930/31, pp. 576-628).
- LAPORTA, Francisco J., *Constitución: problemas filosóficos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (Madrid), 2003.

- LOCKE, John, *Ensayo sobre el Gobierno Civil*, Aguilar, Madrid, (1690) (1969).
- OVEJERO, Félix; MARTÍ, José L. y GARGARELLA, Roberto, *Nuevas ideas republicanas. Autogobierno y libertad*, Paidós (Barcelona), 2004.
- PECES-BARBA, Gregorio y HIERRO, Liborio L., *Textos básicos sobre derechos humanos*, Universidad Complutense-Facultad de Derecho (Madrid), 1973.
- PRIETO, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta (Madrid), 2003.
- QUINTON, Anthony, *Filosofía Política*, Fondo de Cultura Económica (México), 1974, (Orig.: *Political Philosophy*, Oxford University Press, Londres, 1967).
- RUIZ MIGUEL, Alfonso, «Modelo americano y modelo europeo de justicia constitucional», *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 23, 2000, pp. 145-160.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso, «Constitucionalismo y democracia», *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, nº 21, octubre 2004, pp. 51-84.
- THAYER, James B. «The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law», *Harvard Law Review*, VII (3), 1893, pp. 129-156.
- WALDRON, Jeremy, *The Dignity of Legislation*, Cambridge University Press, (Cambridge), 1999.